

WYROK
z dnia 6 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2016 r. przez **Odwołującego – Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy – **OSAA Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Odwołującego**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „*Sukcesywne dostawy artykułów biurowych, papieru i akcesoriów informatycznych dla Jednostek Administracji Państwowej*”. Zamawiający działa jako Centralny Zamawiający. Wykaz Jednostek Administracji Państwowej (dalej: JAP), dla których prowadzone jest postępowanie stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE: 2016/S 071-124025 z dnia 12 kwietnia 2016 r. W dniu 12 kwietnia 2016 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Ogłoszenie o zamówieniu wraz ze specyfikacją.

W dniu 22 kwietnia 2016 r. Odwołujący – Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wskazując na niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego przygotowanie oraz prowadzenie postępowania polegające na:

- a) sformułowaniu postanowień projektu umowy, wskazanych w uzasadnieniu, w sposób naruszający przepisy Pzp oraz Kodeksu cywilnego,
- b) opisanii przedmiotu zamówienia, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu, w sposób, który ponad niezbędną miarę i bez związku z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, ogranicza i utrudnia konkurencję w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,
- 2) art. 5, 3531, 3651, 395, 450, 483 § 1, 492, 494 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp,
- poprzez sformułowanie wzorca umowy, której postanowienia są sprzeczne z powyższymi przepisami, ich celem, podstawowymi zasadami prawa cywilnego, zasadami współżycia społecznego oraz dobrymi obyczajami w obrocie gospodarczym, zasadami lojalności kontraktowej, a także sprzeciwiają się właściwości (naturze) przedmiotowego stosunku zobowiązaniowego.

- 3) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który bądź wskazuje na możliwość zaoferowania tylko jednego produktu istniejącego na rynku bądź ogranicza i utrudnia konkurencję ponad dopuszczalną miarę, przy czym sformułowanie takiego opisu nie jest w żaden sposób uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż działania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu, złożenie konkurencyjnej oferty, wobec czego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz w sposób zgodny z przepisami prawa ukształtował postanowienia wzorca umowy oraz określił opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu to wówczas Odwołujący mógłby wziąć w nim udział, dotrzymując ustalonych warunków realizacji zamówienia, zaś oferta Odwołującego mogłaby otrzymać największą ilość punktów w ramach kryteriów i uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, Odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Z uwagi na wprowadzone przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania, modyfikacje postanowień SIWZ, Odwołujący na posiedzeniu w dniu 6 maja 2016 r., cofnął następujące zarzuty odwołania:

- w zakresie projektu umowy Odwołujący cofnął zarzuty dotyczące § 6 ust. 4 oraz § 8 ust. 5,
- w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący cofnął zarzuty od nr 2 do 6 (według numeracji zarzutów podanych w uzasadnieniu odwołania).

Odwołujący podtrzymał odwołanie w pozostałej części, tj.:

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego w projekcie umowy:

Odwołujący podniósł na wstępie, że uprawnienia Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp nie można utożsamiać z dowolnością ustalania postanowień umowy. Zasada swobody kształtowania treści czynności prawnej doznaje ograniczenia nie tylko w samym art. 353(1) Kodeksu cywilnego, ale również w art. 5 Kc. Postanowienia Kodeksu cywilnego mają zasadnicze znaczenie dla ukształtowania każdego stosunku umownego, w tym umów w sprawie zamówienia publicznego, które z tego punktu widzenia nie stanowią żadnego wyjątku. Dlatego też najczęściej w umowach w sprawie zamówienia publicznego zamieszcza się odesłanie do

stosowania, w zakresie nie uregulowanym umową, nie tylko przepisów Pzp, ale i Kodeksu cywilnego. Należy również zauważyć, że gdyby nie zamieszczono takiego postanowienia, odesłanie o charakterze obligatoryjnym wynika wprost z przepisu art. 139 ust. 1 Pzp.

Zatem w szczególności postanowienia wprowadzane do projektu umowy przygotowywanej przez zamawiających nie powinny naruszać obowiązującej wykładni przepisów prawnych, dokonywanej przez judykaturę, a tym bardziej nie powinny stać wprost w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wskazał następujące postanowienia projektu umowy, które zostały ukształtowane z naruszeniem wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego lub z przekroczeniem granic swobody umów:

- § 6 ust. 1 pkt 1 i 2

Odwołujący podniósł, że postanowienie to sformułowane zostało wadliwie, a następnie na skutek zastrzeżeń ze strony wykonawców zostało przez Zamawiającego zmienione. Po dokonaniu zmiany w dn. 20.04.2016r. postanowienie przybrało postać następującą:

„W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zapłaci na rzecz Jednostki karę umowną w wysokości 10% wartości brutto partii zamówionych artykułów (zgodnie z formularzem zamówienia) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia:

- 1) *w dostarczeniu artykułów w terminie, o którym mowa w § 3 ust.2,*
- 2) *w wykonaniu zobowiązań gwarancyjnych w terminie, o którym mowa w § 8 ust. 8”*

Odwołujący argumentował, że postanowienie po dokonanej zmianie nadal jest sprzeczne z art. 483 § 1, art. 353(1) oraz art. 5 Kodeksu cywilnego. Wynika z niego, że wykonawca ma zapłacić karę umowną w wysokości 10% wartości zamówionych artykułów za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Z postanowienia wynika, że Zamawiający chce naliczać kary od wartości artykułów zamówionych, co jest niezgodne z istotą kary umownej. Funkcją kary umownej jest represja za niewykonanie umowy, a nie za jej wykonanie. Kara umowna powinna być w przedmiotowym przypadku naliczana od wartości niedostarczonego asortymentu. Pozostawienie postanowienia w obecnym brzmieniu będzie prowadziło do naliczenia wykonawcy kary umownej od wartości całej dostawy nawet w przypadku braku pojedynczego elementu, co nie jest słuszne, a przede wszystkim stoi w sprzeczności z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie znajduje zatem żadnej podstawy prawnej naliczanie kary umownej od wartości zamówionych i dostarczonych artykułów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowienia § 6 ust. 1 umowy na następujące:

„W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zapłaci na rzecz Jednostki karę umowną w wysokości 10% wartości brutto niedostarczonego asortymentu (objętego formularzem zamówienia), za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia:

- 1) w dostawie artykułów w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 2 umowy,*
- 2) w wykonaniu zobowiązań gwarancyjnych w terminie, o którym mowa w § 8 ust. 8 umowy.”*

– § 6 ust. 3

Odwołujący wskazał, że postanowienie jest sprzeczne z art. 365 , 5, 353(1) oraz art. 395 Kodeksu cywilnego w zakresie w jakim przewiduje zapłatę kary umownej wskutek rozwiązania umowy w całości. Kodeks cywilny nie przewiduje możliwości wypowiedzenia umowy, które skutkowałoby uznaniem umowy za niezawartą. Skutek taki, zgodnie z art. 395 Kodeksu cywilnego, przewidziany został wyłącznie dla odstąpienia od umowy. Wypowiedzenie umowy zawsze prowadzi do jej wygaśnięcia, co oznacza, że wywołuje jedynie skutki na przyszłość. Wypowiedzenie umowy zawsze odnosi skutek ex nunc i nie może prowadzić do zniesienia stosunku umownego w przeciwieństwie do prawa odstąpienia. Dla wsparcia swojego stanowiska Odwołujący powołał wypowiedzi orzecznicze i doktrynalne w tej kwestii: *„Rozwiązanie za pomocą wypowiedzenia trwałego stosunku zobowiązaniowego wywiera skutki jedynie na przyszłość, wobec czego nie może zniweczyć już spełnionych świadczeń w ramach tego stosunku (wyrok SA w Poznaniu z 29 listopada 2005 r., I ACa 1026/2005, LexisNexis nr 1137474, OSA 2006, nr 12, poz. 41, s. 64)”; „Oświadczenie o wypowiedzeniu prowadzi do zgaśnięcia stosunku ex nunc, a więc ze skutkiem na przyszłość (postanowienie umowne przewidujące skutek ex tunc byłoby sprzeczne z naturą stosunku o charakterze ciągłym - art. 353(1)) – LexisNexis 2014 – komentarz, stan prawny: 1 maja 2014 r., inne wydania (1) Art. 365 (1) – Karszewski Grzegorz); „Wypowiedzenie wywołuje skutek ex nunc, kończąc istnienie zobowiązania, ale nie unicestwiając jego skutków z mocą wsteczną (ex tunc, co jest cechą odstąpienia od umowy). Stąd spełnione świadczenie trwałe lub świadczenia okresowe po wypowiedzeniu zobowiązania nie stają się nienależne i nie podlegają zwrotowi – LEX 2014, komentarz, stan prawny: 1 maja 2014 r., inne wydania (1) Art. 365(1) – Olejniczak Adam”.*

Odwołujący wniósł o nadanie postanowieniu treści następującej:

„W przypadku rozwiązania umowy, o którym mowa w § 7 ust. 1, 2 lub 3, Wykonawca zapłaci Jednostce karę umowną w wysokości 30% wartości niezrealizowanej części umowy.”

– § 7

Odwołujący podniósł, że postanowienia tego paragrafu sformułowane były wadliwie, a następnie w dniu 20.04.2016r. zostały przez Zamawiającego zmienione. Jednakże

wprowadzone zmiany nadal nie doprowadziły umowy do zgodności z przepisami prawa. Obecnie § 7 ust. 1 umowy ma treść następującą:

„Jednostce przysługuje prawo wypowiedzenia umowy w terminie 7 dni w całości lub w części niewykonanej, bez wyznaczania dodatkowego terminu do wykonania umowy, w przypadku:

- a) dwukrotnego nie usunięcia w ustalonym terminie wad w wykonaniu przedmiotu umowy,*
- b) dwukrotnego dostarczenia artykułów o jakości i/lub parametrach niezgodnych z umową,*
- c) dwukrotnego niedostarczenia artykułów w wymaganym terminie. ”*

Odwołujący wskazał, że postanowienie powyższe jest sprzeczne z art. 5, 353(1), 365(1), 395 § 2, oraz 492 Kodeksu cywilnego. Zauważyć należy, iż nigdy wypowiedzenie umowy nie może odnosić skutku *ex tunc*, a taki skutek zastrzega Zamawiający przewidując, iż można wypowiedzieć umowę w całości. Skutek taki został w prawie cywilnym zastrzeżony dla instytucji odstąpienia, natomiast wypowiedzenie może odnosić skutek wyłącznie na przyszłość. Wskazano także, że treść powyższego postanowienia budzi wątpliwość, czy przewidziany dla wypowiedzenia termin 7-dniowy odnosi się do uprawnienia Zamawiającego do złożenia w tym terminie oświadczenia o wypowiedzeniu, czy też do samego terminu wypowiedzenia, po upływie którego umowa wygasa. Nadto wskazano na treść art. 492 Kodeksu cywilnego zgodnie z którym, prawo odstąpienia od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego przysługuje jedynie w przypadku zastrzeżenia takiego uprawnienia na skutek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym. Podsumowując, postanowienie o powyższej treści stanowi pomieszenie instytucji prawa cywilnego i niezależnie od tego jaki charakter by mu nie nadać, jest sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego. Dla poparcia swojego stanowiska Odwołujący przytoczył następujące orzeczenia sądów:

Wyrok SA w Warszawie VI ACa 175/14: Rozszerzająca interpretacja art. 492 k.c. - z pominięciem ratio legis tego przepisu - jest niedopuszczalna. Mogłoby to prowadzić do omijania zasad ustawowego prawa odstąpienia od umowy, o jakim mowa w art. 491 k.c. przez przyjęcie, że każde niewykonanie zobowiązania może uprawniać stronę do odstąpienia od umowy bez wyznaczenia dodatkowego termin, niezależnie od tego jakiego świadczenia i jakiego etapu realizacji zobowiązania dotyczy. Strony mogą oczywiście zmodyfikować ustawową regulację art. 491 k.c. przez pominięcie konieczności wyznaczenia dodatkowego terminu, jednak tylko wówczas, gdy zachodzą jednocześnie przesłanki wymienione w art. 492 k.c., a więc, gdy świadczenie traci znaczenie przez sam fakt, że nie zostało wykonane w ściśle określonym terminie.

Wyrok SA w Łodzi I ACa 1357/13: 1. Przepis art. 395 § 1 zdanie pierwsze k.c. określający istotne elementy kontraktowego prawa odstąpienia ma charakter *iuris cogentis*, stąd też nie jest dopuszczalne wyłączenie przez strony oznaczenia terminu. 2. Tzw. klauzula *legis commissoriae* z art. 492 k.c. jest szczególnym rodzajem umownego prawa odstąpienia. Poprzez to zastrzeżenie jednej ze stron zostaje przyznane prawo odstąpienia od umowy wzajemnej na wypadek niewykonania przez drugą stronę zobowiązania w ściśle oznaczonym terminie. Przepis art. 492 k.c. stanowi *lex specialis* wobec art. 395 § 1 k.c., ale tylko w zakresie wskazania dodatkowej przesłanki odstąpienia (niewykonania przez dłużnika świadczenia w oznaczonym terminie). Nie zostaje natomiast uchylony wymóg ograniczenia uprawnienia do odstąpienia terminem końcowym, odnosi się on bowiem do wszystkich umownych klauzul odstąpienia.

Postanowienie SN I CSK 404/13: Uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej bez wyznaczenia dodatkowego terminu na spełnienie świadczenia, a zatem bez swobodnego "ostrzeżenia" dłużnika, dopuszczalne jest tylko w ściśle określonych w art. 492 k.c. przypadkach. W związku z tym stanowi on wyjątek od zasady ogólnej wyrażonej w art. 491 k.c. i należy go wyklądać wąsko, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendae*. Uprawnienie to przysługuje więc jedynie w przypadku zwłoki dłużnika, a nie w przypadku innego opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, oraz tylko, jeśli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym. Źródłem prawa do odstąpienia od umowy jest przepis ustawy (art. 491 k.c.). Umowa stron w tym wypadku odnosi się tylko do jednej z przesłanek wykonania tego prawa (wyznaczenia dłużnikowi dodatkowego terminu na wykonanie zobowiązania) i zwalnia wierzyciela z tej czynności, jeżeli strony mocą swej decyzji nadały świadczeniu dłużnika charakter terminowy.

Odwołujący wskazał, że do wady tego postanowienia zastosowanie znajdują też orzeczenia i wypowiedzi doktryny przytoczone w odniesieniu do postanowienia zawartego w § 6 ust. 3 umowy.

Odwołujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia następującego:

„Jednostce przysługuje prawo wypowiedzenia umowy na miesiąc naprzód na koniec miesiąca kalendarzowego w przypadku:

- a) dwukrotnego nieusunięcia w ustalonym terminie wad w wykonaniu przedmiotu umowy,
- b) dwukrotnego dostarczenia artykułów o jakości lub parametrach niezgodnych z umową,

c) *dwukrotnego niedostarczenia artykułów objętych poszczególną dostawą, których wartość będzie większa niż 10% wartości danej dostawy. ”*

– § 7 ust. 2

Odwołujący wskazał, że postanowienie powyższe jest sprzeczne z art. 5, 353(1), 365(1), 395 § 2, oraz 492 Kodeksu cywilnego. Wypowiedzenie umowy nie może odnosić skutku *ex tunc*, a taki skutek zastrzega Zamawiający przewidując, iż można wypowiedzieć umowę w całości. Skutek taki został w prawie cywilnym zastrzeżony dla instytucji odstąpienia, natomiast wypowiedzenie może odnosić skutek wyłącznie na przyszłość. Odnośnie tego postanowienia aktualna jest argumentacja przytoczona powyżej odnośnie innych postanowień wzorca umowy, które przewidują rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem ze skutkiem *ex tunc*.

Odwołujący wniósł o zmianę treści postanowienia na następującą:

„Stronie przysługuje prawo wypowiedzenia umowy na tydzień naprzód, na koniec tygodnia w przypadku, gdy wykonanie przedmiotu umowy stanie się niemożliwe wskutek okoliczności leżących po drugiej stronie.”

– § 7 ust. 3

Odwołujący podniósł, że postanowienie to narusza art. 5, 353(1) oraz 365(1) Kodeksu, cywilnego. Postanowienie jest całkowicie nieczytelne, niejasne i nieprecyzyjne. W przepisach dotyczących umowy sprzedaży nie została uregulowana kwestia rozwiązania umowy. Zatem postanowienie umowne powinno być precyzyjne, tak by nadawało się do zastosowania. Tymczasem postanowienie nie precyzuje jaki rodzaj postanowień, których dotyczy naruszenie aktywuje uprawnienie zamawiającego do rozwiązania umowy (np. naruszenie istotnych postanowień umowy), czy naruszenia ze strony wykonawcy po pisemnym wezwaniu mają dotyczyć kwestii objętych wezwaniem, czy też po wezwaniu wystarczy naruszenie jakiegokolwiek innego postanowienia umownego, żeby zamawiający mógł rozwiązać umowę.

Odwołujący wniósł o zmianę zakwestionowanego postanowienia na następujące:

„W przypadku, gdy mimo pisemnego wezwania Wykonawcy do zaprzestania naruszeń istotnego postanowienia umownego, Wykonawca nadal to postanowienie narusza, Zamawiający uprawniony jest do wypowiedzenia umowy na tydzień naprzód na koniec tygodnia.”

– § 7 ust. 6

Odwołujący zarzucił, że postanowienie powyższe jest sprzeczne z art. 5, 353(1), 365(1) Kodeksu cywilnego. Postanowienie to, zmienione w dn. 20.04.2016r., jest niejasne i nie wiadomo w jakim celu zostało wprowadzone i czemu ma służyć. Przede wszystkim

zgodnie z powyższymi postulatami Odwołującego i przytoczoną argumentacją wypowiedzenie umowy może odnosić skutek jedynie na przyszłość, zatem zbędna jest regulacja odnosząca się do wypowiedzenia umowy w części niewykonanej, bowiem tylko z takim skutkiem prawnym możemy mieć do czynienia przy skorzystaniu przez Zamawiającego z uprawnienia do wypowiedzenia umowy. Następnie, absolutnie nie wiadomo czemu miałyby służyć sporządzanie protokołu dostaw zrealizowanych i niezrealizowanych. Na dzień rozwiązania umowy obie strony będą świadome tego, jakie zamówienia zostały złożone i które zostały zrealizowane więc zupełnie zbędne jest sporządzanie takiego protokołu. Strony rozliczą się wg stanu faktycznego złożonych i zrealizowanych dostaw.

Odwołujący wniósł o nadanie temu postanowieniu treści następującej:

„W przypadku rozwiązania umowy w drodze wypowiedzenia, Wykonawca zobowiązany jest zrealizować dostawy zamówione przez jednostkę przed dniem rozwiązania umowy.”

– § 8 ust. 7

Odwołujący zarzucił, że postanowienie to narusza art. 353(1) oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w takim zakresie w jakim przewiduje skutek uznania reklamacji za zasadną w przypadku braku odpowiedzi Wykonawcy na reklamację w terminie jednego dnia roboczego od dnia jej zgłoszenia. Należy wziąć pod uwagę sens tej regulacji, a zwłaszcza umożliwienie Wykonawcy zajęcie rozsądnego stanowiska. Zamawiający w zasadzie zmusza Wykonawcę do zgłoszenia zastrzeżenia do reklamacji na wszelki wypadek, tak by nie została uznana za zasadną, niezależnie od tego, czy Wykonawca w ogóle miał możliwość zapoznania się z reklamowanymi przedmiotami.

Odwołujący wniósł o nadanie zdaniu drugiemu tego postanowienia treści następującej:

„Brak odpowiedzi Wykonawcy na reklamację w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia reklamacji przez Jednostkę traktowany będzie jako uznanie reklamacji za zasadną.”

– § 9 ust. 2

Odwołujący zarzucił, że postanowienie narusza art. 450, 353(1) oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w takim zakresie w jakim przewiduje podpisanie protokołu odbioru dostawy przez Zamawiającego jedynie wtedy, gdy dostawa zostanie zrealizowana ilościowo zgodnie z danym zamówieniem, a także pod warunkiem braku zewnętrznych uszkodzeń opakowania.

Postanowienie to w żaden sposób nie służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, które są dostatecznie chronione poprzez postanowienie § 9 ust. 3 umowy. Jednocześnie kwestionowane postanowienie umożliwia Zamawiającemu zablokowanie realizacji dostawy z błahych powodów np. wtedy, gdy w dostawie brakować będzie poszczególnych elementów lub np. wystąpią drobne uszkodzenia opakowania. Nie ma

przeszkód, by wszelkie zastrzeżenia odnośnie ilości lub stwierdzonych uszkodzeń opakowania zostały naniesione na protokół odbioru, a zatem protokół taki nigdy nie będzie stanowił formalnej podstawy do unikania przez Wykonawcę odpowiedzialności z tytułu nieprawidłowo zrealizowanej dostawy. Nie ma natomiast uzasadnionych podstaw odmowa spisania protokołu przy mało istotnych uchybieniach np. ilościowych. Jak już wyżej wspomniano art. 450 Kodeksu cywilnego obliguje wierzyciela do przyjęcia świadczenia podzielonego także wtedy, gdy nie jest ono spełnione w całości.

Odwołujący wniósł o nadanie postanowieniu następującej treści:

„Dostawa każdej partii artykułów na rzecz Jednostki stwierdzana jest podpisywanym przez upoważnionego przedstawiciela Jednostki protokołem odbioru. Protokół stwierdza odbiór całej dostawy lub odmowę odbioru części lub całości dostawy w przypadku zaistnienia przyczyn określonych w § 8 ust. 5 umowy.”

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów ustawy Pzp w opisie przedmiotu zamówienia Odwołujący podniósł na wstępie, że zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, do naruszenia normy prawnej wyrażonej w tym przepisie dochodzi już w przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia następuje jej całkowite wyeliminowanie. Zatem, przejawem naruszenia tej normy w powiązaniu z normą wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, we wskazanych poniżej pozycjach formularza asortymentowo-cenowego dla części I, Zamawiający wskazał rygorystyczne wymagania, nieuzasadnione swoimi potrzebami, co tylko uprawdopodobnia naruszenie uczciwej konkurencji, polegające na preferowaniu konkretnego produktu lub producenta bądź też na eliminowaniu konkretnych produktów lub producentów, bądź też na stworzeniu sytuacji, w której jeden z zainteresowanych wykonawców będzie bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Należy podkreślić, że przedmiotem zamówienia są podstawowe artykuły biurowe zatem formułowanie rygorystycznych Wymogów bez żadnej choćby najmniejszej tolerancji, powoduje bezpodstawną eliminację z postępowania wykonawców którzy mają w swym

portfolio produkty nieco odbiegające od opisanych przez Zamawiającego. Przy czym sformułowanie takich opisów i wymagań przez Zamawiającego w żaden sposób nie może być poparte obiektywnym interesem Zamawiającego.

W zakresie pkt 1 (według numeracji podanej w uzasadnieniu odwołania), który nie został cofnięty, Odwołujący zakwestionował żądanie wskazania w odniesieniu do poniżej wskazanego asortymentu numerów katalogowych przyporządkowanych do poszczególnych kolorów

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zażądał (zał. nr 2 do SIWZ - formularz asortymentowo-cenowy, kol. 5) w odniesieniu do artykułów, które występują w kilku kolorach, wpisania oznaczenia (symbolu, kodu) dla każdego z oferowanych kolorów. Powyższy wymóg odnosi się do następujących pozycji formularza: 35, 92, 93, 94, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108 i innych. W przypadku poz. 92 wykonawca będzie zobowiązany do podania aż ośmiu różnych symboli, niejednokrotnie składających się z ciągu wielu cyfr i liter. Wymóg taki jest bezzasadny, ponieważ wskazanie producenta i jednego kodu oferowanego produktu pozwoli już Zamawiającemu zbadać zgodność zaoferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia. Dostępność w wymaganej gamie kolorów jednego, konkretnego artykułu zostanie również potwierdzona w kartach katalogowych, wymaganych wraz z ofertą. Wymaganie podania 6, a czasem 8 (w przypadku poz. 35 aż 30) symboli tego samego produktu jest wymaganie nadmiernym. Sformułowane wymaganie w sposób nieuzasadniony ogranicza oraz utrudnia konkurencję.

Odwołujący wniósł o usunięcie wymogu wskazania w formularzu asortymentowo-cenowym numerów katalogowych dla wszystkich zaoferowanych kolorów danego produktu.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiła OSAA Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. spółkę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu stanowiska, w zakresie zarzutów nie wycofanych przez Odwołującego, Zamawiający wskazał następującą argumentację:

Ad. I. Zarzuty dotyczące Wzoru Umowy stanowiącego załącznik do SIWZ

1. Zarzut naruszenia art. 483 §1, art. 3531 oraz art.5 Kodeksu cywilnego w § 6 ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru umowy.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami oraz żądaniem Odwołującego jakoby taki sposób obliczania kary umownej, tj. od wartości zamówionych artykułów był niezgodny z istotą kary umownej. Jak wynika bowiem wprost z art. 483 §1 KC: „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W przedmiotowym postępowaniu zobowiązanie niepieniężne polega zaś na dostarczeniu artykułów biurowych, a nie na ich niedostarczeniu. W sytuacji zatem, gdy Wykonawca nie dostarczy w terminie wszystkich zamówionych przez Zamawiającego artykułów, to występuje podstawa do żądania przez Zamawiającego naprawienia szkody wynikłej z nienależytego wykonania tego zobowiązania poprzez zapłatę określonej sumy. Funkcją kary umownej jest również represja za nienależyte wykonanie umowy a nie tylko za jej niewykonanie. Kary umowne mają przede wszystkim na celu zdyscyplinowanie Wykonawcy do należytego wykonywania umowy.

W interesie Zamawiającego leży, aby dostawy artykułów były zawsze kompletne i wykonywane na czas, gdyż artykuły biurowe są niezbędne w codziennej pracy Zamawiającego. W związku z powyższym zasadnym jest obliczanie kar umownych od wartości brutto partii zamówionych produktów. Kara umowna ma bowiem usankcjonować w niniejszym przypadku nieterminowość dostarczenia konkretnej partii zamówionych artykułów.

Zamawiający dodatkowo zaznaczył, iż przedmiotem niniejszego zamówienia są sukcesywne dostawy artykułów biurowych. Sukcesywność dostaw jest zatem w niniejszym zamówieniu kwestią kluczową i w związku z powyższym jej nienależyte wykonywanie powinno być stosownie usankcjonowane, tak, aby Wykonawca dochowywał terminów dostaw - co jest podstawą sukcesywności.

W związku z powyższym, konieczne jest zdyscyplinowanie wykonawcy realizującego przedmiotowe zamówienie. Zamawiający w celu zapewnienia sobie terminowości i kompletności dostaw musiał przewidzieć kary umowne wystarczająco dotkliwe dla wykonawcy, aby zmobilizować go do należytego wykonania umowy. Przewidywanie kar umownych zbyt łagodnych może prowadzić do iluzji, w której interes oraz potrzeby Zamawiającego nie będą chronione w sposób dostateczny.

Zamawiający w tym zakresie korzystał ze swoich uprawnień, wynikających z przepisu art. 353 Kodeksu cywilnego. Wskazano, że zasada swobody umów na gruncie Prawa zamówień publicznych znajduje pewne ograniczenia, co znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych, m.in. mówi o tym zacytowany wyżej wyrok z dnia 20 stycznia 2014 r., KIO 2969/13, czy też wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008r., X. Ga 67/08.

Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego, obecne postanowienie z § 6 ust.1 pkt 1 i 2 Wzoru umowy jest zgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i zasadami współżycia społecznego, a taka treść ww. postanowienia, z której wynika, iż zapłata kary umownej będzie naliczana od wartości zamówionych artykułów i jego cel jakim jest usankcjonowanie i odpowiednie zdyscyplinowanie wykonawcy - nie sprzeciwiają się naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Co więcej, postanowienie z §6 ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru umowy jest często występującym postanowieniem w umowach na dostawę artykułów biurowych w zamówieniach publicznych w Polsce, a zatem nie stanowi odrealnionego postanowienia i wygórowanego wymagania wymyślonego przez Zamawiającego na potrzeby niniejszego postępowania. Kary umowne za opóźnienie w dostarczeniu przedmiotu Umowy są przeważnie naliczane właśnie w wysokości procentowej od wynagrodzenia należnego za dostarczenie danej partii artykułów za każdy dzień opóźnienia.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Wykonawca nie udowodnił zaś w żaden sposób zasadności swoich twierdzeń- nie przedstawił żadnych na nie dowodów.

2. Zarzut naruszenia art. 3651 KC, art. 5 KC , art. 3531 KC oraz art. 395 KC w § 6 ust.3 Wzoru Umowy.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem i żądaniem Odwołującego. Z treści § 6 ust.3 pkt. 1 Wzoru Umowy nie wynika bowiem skutek *ex tunc* dla wypowiedzenia umowy. Zamawiający przewidział bowiem w niniejszym postanowieniu również sytuację, w której umowa może być wypowiedziana w całości kiedy wykonawca po podpisaniu umowy w ogóle nie przystąpi do jej wykonywania, stanowi to więc skutek *ex nunc* przewidziany dla instytucji wypowiedzenia umowy.

Tym samym, Zamawiający ma prawo przewidzenia kary umownej za rozwiązanie umowy w całości w przypadku, gdy Wykonawca po podpisaniu umowy w ogóle nie przystąpi do jej wykonywania. Taka kara umowna ma na celu zabezpieczenie Zamawiającego w ww. sytuacji i jest zgodna z prawem, naturą stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego i nie stanowi nadużycia prawa Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umownych.

Ponadto, Zamawiający odwołał się do art. 44 ust.3 ustawy o finansach publicznych, wskazując, że zobowiązany jest zabezpieczyć wydatkowane środki publiczne i w tym celu może stosować postanowienia umowne, które do tego dążą. Wskazane wyżej wymaganie ma istotne znaczenie dla Zamawiającego z punktu widzenia jego potrzeb, jak i zasad gospodarowania środkami publicznymi, do których stosowania jest zobowiązany.

3. Zarzut naruszenia art.5 KC oraz art. 353(1) KC, art. 365 (1) KC, art. 395 § 2 KC oraz art. 492 KC w § 7 ust. 1 Wzoru Umowy.

Zamawiający nie zgodził się z przedmiotowym zarzutem. W ocenie Zamawiającego do powyższych postanowień nie ma zastosowania art. 492 KC, jako, że odnosi się do odstąpienia a nie do wypowiedzenia umowy, o którym mowa w § 7 Wzoru Umowy. Zamawiający w określonych w §7 Wzoru Umowy przypadkach ma prawo wypowiedzieć umowę bez wyznaczenia terminu dodatkowego, a 7-dniowy termin wypowiedzenia odnosi się tu do uprawnienia Zamawiającego do złożenia w tym terminie oświadczenia o wypowiedzeniu. Treść i cel postanowień z § 7 Wzoru Umowy nie sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jeśli bowiem Wykonawca nie wykonuje swoich zobowiązań w terminach oraz dostarcza artykuły niezgodne z Umową, to nie leży w interesie Zamawiającego korzystanie z dostaw tego Wykonawcy.

Dalsze Wykonywanie zobowiązania przez Wykonawcę po dwukrotnym przekroczeniu terminu oraz dwukrotnym dostarczenie przez Wykonawcę artykułów o jakości lub parametrach niezgodnych z umową straciłoby dla Zamawiającego sens i znaczenie ze względu na właściwości zobowiązania oraz ze względu na zamierzony przez Zamawiającego cel umowy, wiadomy Wykonawcy będącemu w zwłoce. W takiej sytuacji Zamawiający ma więc prawo do szybkiego wypowiedzenia umowy z Wykonawcą, tak aby nie dopuścić do dalszych nieterminowych i niezgodnych z przedmiotem zamówienia dostaw. Termin 7-dniowy na złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o wypowiedzeniu jest więc zasadny, celowy i znajduje obiektywne uzasadnienie w jego potrzebach.

Jak zaś wskazuje art. 353(1) KC: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.” Jako, że w związku z przytoczoną wyżej argumentacją, treść i cel postanowień z §7 Wzoru Umowy nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, to Zamawiający miał prawo do określenia postanowień z §7 Wzoru Umowy w sposób odpowiadający jego potrzebom i interesom.

Ponadto, podkreślono, iż zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp w zw. z art. 384 KC Wykonawca chcąc złożyć ofertę w postępowaniu jest związany postanowieniami wzoru umowy określonymi przez Zamawiającego, zwłaszcza, że zabezpieczają one interesy Zamawiającego i nie naruszają przepisów prawa.

Jak bowiem wynika z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp: „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną

wprowadzone do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach."

Treść art. 384 ust. 1 KC wskazuje natomiast następująco: „Art. 384. § 1. Ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy."

Zamawiający wymagając od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na warunkach z § 7 Wzoru Umowy nie czyni ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a jedynie korzysta ze swoich praw celem ochrony swoich uzasadnionych potrzeb.

W ocenie Zamawiającego, ww. zarzut Odwołującego nie znajduje zatem uzasadnienia bowiem de facto jego żądania zmierzają do zapewnienia sobie ułatwionego dostępu do udziału w postępowaniu kosztem uzasadnionych potrzeb JAP.

4. Zarzut naruszenia art. 5 KC, art. 353(1) KC, art. 365(1) KC, art. 395 §2 oraz art. 492 KC w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem i żądaniem Odwołującego. Z treści § 7 ust. 2 Wzoru Umowy nie wynika bowiem skutek ex tunc dla wypowiedzenia umowy. Zamawiający przewidział w niniejszym postanowieniu sytuację, w której umowa może być wypowiedziana w całości kiedy wykonawca po podpisaniu umowy w ogóle nie przystąpi do jej wykonywania, stanowi to więc skutek ex nunc przewidziany dla instytucji wypowiedzenia umowy.

Ponadto, zakres żądania Odwołującego co do zmiany treści § 7 ust. 2 Wzoru Umowy wykracza ponad argumentację przedstawioną w zarzucie do tego postanowienia w Odwołaniu.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Wykonawca nie udowodnił zaś w żaden sposób zasadności swoich twierdzeń- nic przedstawił żadnych na nic dowodów.

5. Zarzut naruszenia art. 5 KC, art. 353 (1) KC oraz art. 365(1) KC w zw. z § 7 ust.3 Wzoru umowy.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem i żądaniem Odwołującego. W ocenie Zamawiającego postanowienie z §7 ust.3 Wzoru umowy jest dostatecznie precyzyjne i odnosi się do wszystkich postanowień Wzoru Umowy. Nie istnieje bowiem definicja istotnych postanowień umowy, a ograniczenie Zamawiającego do możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku naruszenia przez Wykonawcę tylko niektórych postanowień umowy wybranych przez Wykonawcę byłoby sprzeczne z naturą niniejszego stosunku prawnego oraz ograniczałoby prawa Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami współzycia

społecznego. Jeśli bowiem Wykonawca w sposób nagminny - mimo pisemnego wezwania do zaniechania naruszenia i należytego wykonania umowy - narusza kolejne czy nawet ponownie te same postanowienia umowy, to nie leży w interesie Zamawiającego utrzymywanie z Wykonawcą stosunku zobowiązaniowego, który prowadziłby do łamania postanowień umownych przez Wykonawcę, gdyż utrudniałoby to współpracę oraz mogłoby prowadzić do nieustannego nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę. Zamawiający chcąc zabezpieczyć się przed potencjalną szkodą spowodowaną przez częste nierespektowanie przez Wykonawcę postanowień umownych ma prawo przewidzieć w umowie takie postanowienie, które zabezpiecza jego interesy. Nie stanowi to nadużycia prawa przez Zamawiającego i nie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego ani naturą stosunku prawnego łączącego Zamawiającego i Wykonawcę.

6. Zarzut naruszenia art. 5 KC, art. 353(1) KC oraz art. 365(1) KC w zw. z § 7 ust. 6 Wzoru Umowy.

Podkreślono, że Zamawiający określił precyzyjnie treść § 7 ust.6 Wzoru Umowy. W stosunku do wypowiedzenia określił on bowiem skutek *ex nunc*- tj. w części niewykonanej, która miała nastąpić w przyszłości, ale nie zostanie wykonana, bo Zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę. Postanowienie to jest więc zgodne z prawem, naturą stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współzycia społecznego, a Zamawiający nie czyni ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa.

Sporządzenie szczegółowych protokołów zrealizowanych i niezrealizowanych dostaw celem dokonania stosownych rozliczeń jest niezbędne. Wynika to z natury stosunku zobowiązaniowego i wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest to zupełnie zbędne, a wręcz obowiązkowe. Postulowanie przez Odwołującego, by rozliczenia między stronami odbywały się na podstawie świadomości czy pamięci jest lekkomyślne i nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Bez sporządzania protokołów ciężko będzie bowiem dochodzić jakichkolwiek braków w dostawach oraz tym samym dokonywać rozliczeń.

W ocenie Zamawiającego, ww. zarzut Odwołującego nie znajduje uzasadnienia bowiem *de facto* jego żądanie zmierza do zapewnienia sobie ułatwionego dostępu do udziału w postępowaniu kosztem uzasadnionych potrzeb JAP.

7. Zarzut naruszenia art. 353(1) KC oraz art. 5 KC w § 8 ust. 7 Wzoru umowy.

W opinii Zamawiającego termin jednodniowy na odpowiedź Wykonawcy na reklamację jest wystarczający. Patrząc na specyfikę przedmiotu zamówienia jakim jest dostawa artykułów biurowych dłuższy termin na rozpatrzenie reklamacji wydaje się bezprzedmiotowy. Do stwierdzenia uznania bądź nic przez Wykonawcę reklamacji artykułów

biurowych o nieskomplikowanej naturze nie jest potrzebny wydłużony termin. Zamawiający podtrzymuje zatem stanowisko, iż reklamacja będzie uznana za zasadną w przypadku, gdy Wykonawca w terminie 1 dnia roboczego od dnia zgłoszenia reklamacji nie przygotuje na nią odpowiedzi. Z natury stosunku zobowiązaniowego - tj. sukcesywnych dostaw art. biurowych wynika natomiast, iż Zamawiającemu zależy na szybkim i efektywnym rozpatrywaniu reklamacji, tak, aby zapewnić sukcesywność dostaw.

Taka treść i cel ww. postanowienia umowy nie sprzeciwia się naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Określając jednodniowy termin na rozpatrzenie reklamacji, a w przypadku braku jej rozpatrzenia przez Wykonawcę w tym terminie uznanie jej za zasadną Zamawiający nie czyni ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

8. Zarzut naruszenia art. 5 KC, art. 353(1) KC oraz art. 450 KC w zw. z § 9 ust. 2 Wzoru umowy.

Zamawiający wskazał, że celem zabezpieczenia swoich interesów Zamawiający nie może wypłacić Wykonawcy wynagrodzenia w przypadku odbioru danej partii zamówienia z zastrzeżeniami. Zakazuje tego postanowienie z § 5 ust.6 umowy o treści: „ Podstawą wystawienia faktury VAT jest podpisany przez uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy i Jednostki protokół odbioru danej partii zamówienia częściowego bez zastrzeżeń" w zw. z § 5 ust. 5 o treści: „Wynagrodzenie Wykonawcy zostanie wypłacone na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT w terminie do 30 dni od daty jej dostarczenia do siedziby jednostki". Podpisanie protokołu odbioru, w związku z tym, że stanowi podstawę do wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy nie może nastąpić w przypadku dostawy niezgodnej z zamówieniem - tj. w przypadku wystąpienia braków ilościowych lub jakościowych.

Wskazane wyżej wymaganie z § 9 ust. 2 Wzoru umowy ma istotne znaczenie dla Zamawiającego z punktu widzenia jego potrzeb, jak i zasad gospodarowania środkami publicznymi, do których stosowania jest zobowiązany. Zamawiający odwołał się ponownie do zasad i obowiązków wynikających z art. 44 ust.3 ustawy o finansach publicznych.

Zważając na powyższe, postanowienie z § 9 ust. 2 Wzoru umowy nie sprzeciwia się naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, a Zamawiający stawiając takie wymaganie w niniejszym postanowieniu nie czyni ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Odnosnie podtrzymanego zarzutu nr 1 dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający argumentował, że nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, iż określając powyższe kryterium Zamawiający narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Wskazano, że Zamawiający określając kryteria wyboru ofert ustanawia je adekwatnie do przedmiotu zamówienia i bierze pod uwagę elementy które mają dla niego istotne znaczenie. Wskazanie w formularzu asortymentowo-cenowym numerów katalogowych przyporządkowanych do poszczególnych kolorów ma w niniejszym postępowaniu dla Zamawiającego istotne znaczenie i tym samym nie stanowi wymogu nadmiernego. Wymóg wskazania numerów katalogowych przez Wykonawców ma na celu szczegółową identyfikację artykułów biurowych zaoferowanych w ofercie i tym samym zapewnienie dostawy produktów zgodnych z SIWZ przez Wykonawców. Często bowiem zdarza się, iż Wykonawcy po rozpoczęciu wykonywania umowy zaczynają dostarczać produkty tańsze i gorsze jakościowo, jeśli wymóg wskazania konkretnych numerów katalogowych nie stanowił wymogu siwz. Tym samym, Zamawiający chcąc zapewnić sobie zgodność dostarczanych produktów z siwz jest zmuszony do weryfikacji tych produktów poprzez ich numery katalogowe. Nie można zatem mówić o ograniczeniu i utrudnieniu konkurencji w sposób nieuzasadniony. Wymóg postawiony przez Zamawiającego wynika z jego uzasadnionych potrzeb.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o braku legitymacji po stronie Odwołującego, wymaganej przepisem art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”*. W sytuacji, gdy odwołanie wnoszone jest na treść ogłoszenia lub specyfikacji zarówno posiadanie interesu jak i możliwość poniesienia szkody należy oceniać w sposób możliwie szeroki. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, w którym podkreśla się przykładowo, że: *„Na powyższym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że*

jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu” (vide: wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1519/15).

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy nie stanowił istoty sporu. Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności faktyczne przedstawiane przez strony postępowania, w szczególności dotyczące brzmienia kwestionowanych przez Odwołującego postanowień wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

Dokonując oceny zarzutów i żądań Odwołującego Izba w całości podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Dodatkowo, Izba wskazuje następujące motywy swojego rozstrzygnięcia:

Brak jest podstaw do uznania, że postanowienie § 6 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy narusza powołane przez Odwołującego przepisy prawa. Zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W ocenie Izby ww. postanowienia wzoru umowy nie naruszają przedmiotowej normy prawnej, jak również nie stoją w sprzeczności z istotą, ani z funkcjami kar umownych. Odwołujący przyjął w swoim wywodzie konstrukcję zniekształcającą obraz sprawy.

W szczególności, poprzez wskazanie, że Zamawiający chce naliczyć kary umowne od wartości artykułów zamówionych, Odwołujący niejako starał się narzucić pogląd, że Zamawiający zamierza dochodzić kar umownych za wykonanie zamówienia – co ma pozostawać w sprzeczności z funkcją kary umownej, którą Odwołujący określił, jako represję za niewykonanie umowy, a nie za jej wykonanie. W ocenie Izby, z brzmienia ww.

postanowień umowy nie sposób wywieść, że Zamawiający przewidział kary umowne za wykonywanie umowy. Poprzez zwrot „w wysokości 10% wartości brutto partii zamówionych artykułów” Zamawiający określił wysokość kary – podstawy wyliczenia tej wysokości, a nie to, że kara jest nakładana za wykonywanie zamówienia. W istocie, argumentacja Odwołującego referowała do twierdzeń o wygórowaniu i nieadekwatności kary umownej (podany przykład o możliwości nałożenia kary umownej od wartości całej dostawy nawet w przypadku braku pojedynczego elementu) a nie do tego, że kara umowna ma być nakładana za wykonanie zamówienia. Pozostając przy przykładzie podanym przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania należy uznać, że nawet brak niewielkiego elementu dostawy wpisuje się w pojęcie nienależytego wykonania zobowiązania. Należywym wykonaniem zobowiązania, oczekiwanym przez Zamawiającego i podejmowanym do realizacji przez wykonawcę jest bowiem realizacja dostaw w całości i w sposób zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, a więc w sposób respektujący m.in. wymogi, że artykuły muszą być fabrycznie nowe, wolne od wad fizycznych oraz prawnych oraz roszczeń osób trzecich, bez znamion użytkowania, pełnowartościowe w pierwszym gatunku tzn. bez odkształceń, nie uszkodzone mechanicznie, kompletne, etc. (vide: Opis przedmiotu zamówienia, rozdział II SIWZ). Nawet więc, jeśli niewielka część dostawy nie będzie spełniała tych wymogów, to i tak nie zmienia to faktu nienależytego wykonania zobowiązania. W sytuacji natomiast, gdy dostawa w ogóle nie zostanie zrealizowana w terminie, może dojść do niewykonania zobowiązania polegającego na dostarczeniu określonej partii zamówionych artykułów. Postanowienia § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy odnoszą się więc do sytuacji określonych przepisem art. 483 § 1 Kc, a więc zarówno do nienależytego wykonania zobowiązania (co może mieć miejsce przy braku nawet drobnego fragmentu oczekiwanej dostawy), jak i do niewykonania zobowiązania (przybierającego w tym przypadku postać niedostarczenia w ogóle partii zamówionych artykułów). Nie można w konsekwencji uznać, by poprzez treść ww. postanowień Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 483 § 1 Kc.

Poprzez żądanie przedstawione w uzasadnieniu odwołania Odwołujący starał się w istocie doprowadzić do tego, by kara umowna w tym przypadku determinowana była nie samym faktem niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania, ale zakresem, w jakim to niewykonanie lub nienależyte wykonanie zaistniało, a więc by wyznacznikiem wysokości kary była wartość niedostarczonego asortymentu. Przepis art. 483 § 1 Kc nie ustanawia zasady, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego ma odbywać się ściśle według wartości tego, czego lub w jakim zakresie dłużnik nie zrobił, choć winien był zrobić dla należytego wykonania

zobowiązania. Zgodnie z art. 484 § 1 Kc kara umowna należy się z samego faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w dodatku bez względu na wysokość poniesionej szkody. W niniejszej sprawie, uwzględnienie żądań Odwołującego narażałoby dodatkowo Zamawiającego na ryzyko, że nawet wysokość szkody poniesionej mogłaby nie zostać zrekompensowana karami umownymi (dochodzenie odszkodowania należnego Zamawiającemu musiałyby być realizowane na zasadach ogólnych, zgodnie z § 6 ust. 5 wzoru umowy). Jeżeli za wartość szkody przyjąć wartość niedostarczonego asortymentu (choć jest to uproszczenie, gdyż nie tylko sama wartość nieotrzymanych, w wymaganym dniu, towarów może składać się na szkodę, ale również sam fakt ich braku w terminie może wymiennie przekładać się na organizację i wykonywanie pracy w JAP) to w sytuacji, gdy Odwołujący żądał wprowadzenia kary umownej w wysokości 10% wartości niedostarczonego asortymentu, Zamawiający otrzymywałby tytułem naprawienia szkody tylko 1/10 wielkości szkody (w sytuacji, gdyby opóźnienie trwało 1 dzień). W sytuacji skrajnej, gdy Zamawiający w ogóle nie otrzymałby w terminie dostawy tytułem naprawienia szkody mógłby więc żądać jedynie 1/10 wartości towarów, które miał otrzymać do użytkowania, ale ich nie otrzymał pomimo podjęcia się przez wykonawcę zobowiązania do ich terminowego dostarczania. W sytuacji przeciwnej, tj. gdy dostawy byłyby realizowane z drobnymi brakami (co dla wykonawcy może wydawać się nie istotne, ale dla Zamawiającego nawet drobne braki mogą dezorganizować pracę) wysokość kary umownej byłaby z kolei symboliczna, co mogłoby w ogóle nie realizować funkcji i celu tych kar, gdyż wykonawca obciążony w tej sytuacji symbolicznymi kwotami mógłby bagatelizować obowiązek terminowego dostarczania dostaw w sposób zgodny z wymogami Zamawiającego, których podjął się poprzez uczestnictwo w postępowaniu, a następnie poprzez realizację umowy. W ocenie Izby to uwzględnienie żądań Odwołującego mogłoby doprowadzić do wypaczenia sensu i celów kar umownych i mogłoby pozostawać w sprzeczności z art. 483 § 1 Kc. Zamawiający mógłby zostać postawiony zarówno przed ryzykiem nienaprawienia szkody (choćaby do wysokości szkody poniesionej) jak również zostałby pozbawiony instrumentu oddziaływania na drugą stronę umowy w celu jej należytej realizacji.

W kwestii kar umownych należy także wskazać, że pomimo, iż orzecznictwo i doktryna akcentuje ich główny – kompensacyjny – charakter, to kary te mogą także pełnić inne funkcje, obok funkcji odszkodowawczej. Ich wysokość, czy zasady nakładania nie muszą więc ściśle korespondować z wysokością czy źródłem szkody (zawężanym na tle tej sprawy przez Odwołującego jedynie do części/wartości niedostarczonego asortymentu, z pominięciem okoliczności, że nawet drobne braki świadczą już o nienależywym wykonaniu zobowiązania). Kary umowne są również narzędziem o funkcji mobilizującej i dyscyplinującej

stronę umowy do należytego wykonywania umowy. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania (zob. P. Drapała (w:) *System...*, s. 957). Zastrzeżenie kary umownej jest więc środkiem jurydycznym, mającym na celu wzmocnienie więzi między stronami (W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 340) – zob. Kodeks cywilny. Komentarz do art. 483, Rzetecka-Gil Agnieszka, LEX/el 2011.

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (wyrok SN z dnia 8 sierpnia 2008 r., V CSK 85/08, LEX nr 457785; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 99/13, LEX nr 1313465; wyrok SA w Gdańsku z dnia 14 maja 2013 r., I ACa 174/13, LEX nr 1375649; wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 czerwca 2013 r., I ACa 365/13, LEX nr 1345561). Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiegokolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania i stanowi dodatkowy instrument służący zapewnieniu gwarancji należytego wypełnienia zobowiązań.

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo korzystać z tych funkcji kar umownych po to, by zapewnić sobie możliwie szeroki wachlarz gwarancji, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami.

Izba nie znalazła także żadnych podstaw, by uznać naruszenie art. 353(1) Kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Odwołujący nie wykazał, by postanowienia § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, wynikającego z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych. Nie wykazano także, by przedmiotowe postanowienia sprzeciwiały się ustawie czy zasadom współżycia społecznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący postawił tezę, że umowy w sprawie zamówienia publicznego – z punktu widzenia postanowień Kodeksu cywilnego, które mają zasadnicze znaczenie dla ukształtowania każdego stosunku umownego – nie stanowią żadnego wyjątku. Teza ta jest błędna. Zawieranie umów w sprawie zamówienia publicznego cechują liczne odrębności od zawierania umów między podmiotami prywatnymi. Różnica jest widoczna już w samym fakcie, że zamawiający nie dysponuje dowolnością w doborze drugiej

strony stosunku zobowiązaniowego, jak również nie może uchylić się od zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert. Z drugiej strony ustawodawca wyposażył zamawiającego w uprawnienia służące przeprowadzeniu postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w tym służące ukształtowaniu warunków współpracy na zasadach odpowiadających uzasadnionym wymogom zamawiającego. Temu służy m.in. uprawnienie do ukształtowania istotnych dla stron postanowień umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp).

Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych, zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1166/13).

Należy następnie wskazać, że odwołanie składane do Izby jest środkiem ochrony prawnej a nie narzędziem do negocjacji z Zamawiającym i do domagania się - z uwagi na adhezyjny charakter wzoru umowy określanego przez jedną stronę stosunku zobowiązaniowego - modyfikacji czy doprecyzowania przez Izbę postanowień umowy w sposób korzystny i uznawany przez potencjalnego oferenta za pożądany i właściwy. Jeżeli w sferze stosunków prywatno-prawnych strona umowy adhezyjnej nie ma w istocie możliwości negocjowania jej warunków, to nie sposób uznać, by taką możliwością dysponował potencjalny oferent na gruncie postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Do zakwestionowania postanowień wzoru umowy przyjętego przez zamawiającego może dojść jedynie wówczas, gdy zostanie w sposób rzeczowy wykazane, że postanowienia te, z uwagi na sprzeczność z regulacjami Kodeksu cywilnego, naruszają w konsekwencji przepisy ustawy Pzp, w tym zasady wynikające z tych przepisów. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego wzoru umowy można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednie lub pośrednie przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej (por. wyrok KIO 398/14).

W niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, by przyjęte zasady naliczania kar umownych utrudniały bądź uniemożliwiały ubieganie się o zamówienie, bądź by powodowały utrudnienie uczciwej konkurencji, czy też prowadziły do nierównego traktowania wykonawców. Odwołujący na rozprawie argumentował na okoliczność, iż „*wykonawca nie wie jak ma oszacować ryzyka, nie wiadomo bowiem jak zamawiający rozumie te*

postanowienia (...) nie ma możliwości szacowania ryzyk jakie mogą wystąpić przy realizacji umowy” (vide: protokół z rozprawy). Abstrahując, iż nie zostało to podniesione w samej treści odwołania, to także na rozprawie nie przedstawiono w sposób przekonujący, co konkretnie z tego ogólnego odwołania się do „szacowania ryzyk” miałyby przesądzać o naruszeniu przepisów ustawy Kodeks cywilny i jak miałyby to przekładać się na naruszenie przepisów ustawy Pzp. Argument, iż nie wiadomo, jak Zamawiający rozumie treść umowy należało uznać za niezrozumiały i niezasadny. Argument ten mógł przy tym świadczyć o chęci poznania przez wykonawcę wykładni treści umowy przyjmowanej przez Zamawiającego, a nie o naruszeniu przepisów prawa. Niezależnie od tego postanowienia umowy zostały w sposób jasny sformułowane przez Zamawiającego i dają wykonawcy możliwość oszacowania ryzyk.

W zakresie omawianego § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy ryzyko jest wyraźnie zdefiniowane – jest nim m.in. niedostarczenie w terminie artykułów. Terminowe dostarczanie artykułów zamówionych w danej partii jest podstawowym obowiązkiem wykonawcy. Wykonawca winien dolożyć wszystkich starań, by wywiązywać się z tego podstawowego obowiązku. Zamawiający nie może przewidywać w jakim zakresie wykonawca może na etapie realizacji zamówienia uchybić temu obowiązkowi. Może natomiast zabezpieczyć się przed tym chociażby poprzez instytucję kar umownych.

W ocenie Izby w sprawie nie zaistniały wątpliwości, co do ryzyk mogących zaistnieć przy realizacji zamówienia, które uniemożliwiłyby oszacowanie oferty, lub które mogłyby skutkować brakiem porównywalności ofert. Motywem zarzutów i żądań było w ocenie składu orzekającego Izby zmniejszenie konsekwencji finansowych wynikających dla wykonawcy z niewywiązania się podstawowego obowiązku dostarczenia całej zamówionej partii w umówionym terminie. To, że w praktyce mogą zaistnieć braki (choćby drobne) w dostarczanej partii towarów, skutkujące karami umownymi, należy uznać za normalne ryzyko gospodarcze wykonawcy, któremu zresztą, jako podmiot wykonujący zamówienie może przeciwdziałać. Istnienie tego ryzyka nie odbiera Zamawiającemu prawa do wprowadzenia mechanizmu kar umownych, w sposób, w jaki przyjęty został we wzorze umowy. W pełni aktualny pozostaje na gruncie tej sprawy pogląd wyrażony w przytoczonym przez Zamawiającego wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, gdzie wskazano: *„Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353 (1) K.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze*

umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędnym jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

Izba wskazuje ponadto, że zaakceptowanie wzorca umowy, czy nawet podpisanie umowy z Zamawiającym, nie odbiera wykonawcy możliwości dochodzenia swoich ewentualnych roszczeń na gruncie postępowania cywilnego, jeżeli w ocenie wykonawcy będzie dochodziło rzeczywiście do naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego. Możliwość sądowego dochodzenia swoich roszczeń, jeżeli w ocenie strony umowy, takie powstaną, może przy tym zostać uznana za czynnik niwelujący ryzyka, na które ogólnie powoływał się Odwołujący. W sporze wynikającym z realizacji umowy wykonawca może przedstawiać argumenty dotyczące m.in. sposobu wykładni oświadczeń woli, zgodnego zamiaru stron i celu umowy (art. 65 Kc), żądania zmniejszenia kary umownej, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 Kc). Powyższe okoliczności możliwe będą do oceny w zależności od stanu faktycznego, który dopiero zaistnieje w przyszłości. W chwili obecnej natomiast nie ma żadnych podstaw w tej sprawie by mechanizm, czy wysokość przewidzianych kar umownych uznawać za postanowienia naruszające wskazane przez Odwołującego przepisy.

Powyższe rozważania Izba odnosi do wszystkich paragrafów wzoru umowy, które zostały zakwestionowane przez Odwołującego.

Dodatkowo, w odniesieniu do postanowienia z § 6 ust. 3 oraz § 7 wzoru umowy, w ocenie Izby, Odwołujący starał się narzucić własną wykładnię postanowień wzoru umowy opartą na założeniu o działaniu Zamawiającego w sposób nieodpowiadający istocie wypowiedzenia – mianowicie, że wypowiedzenie umowy ma prowadzić do jest unicestwienia w całości, do uznania umowy za niezawartą. Niezależnie od tego, co wskazano wcześniej, że strona umowy może poszukiwać ochrony w procedurze cywilnej, jeżeli uzna, że kontrahent dopuszcza się faktycznie naruszeń przepisów Kodeksu cywilnego przy wykonywaniu, czy kończeniu stosunku obligacyjnego, należy wskazać, że w niniejszej sprawie Zamawiający w toku rozprawy w sposób wyraźny wyjaśnił, że „*Odnosnie skutku ex tunc zamawiający przewidział, że gdy nie zostanie rozpoczęta realizacja umowy może ją*

wypowiedzieć w całości. Wszędzie tam, gdzie wykonawca część wykona może być wypowiedzenie co do części niewykonanej zgodnie z § 7 ust. 1. Rozwiązanie co do całości jest tylko na jedną okoliczność, gdy wykonawca nie przystąpi do realizacji umowy, jeżeli przystąpi do realizacji nie ma możliwości wypowiedzenia umowy co do całości” (vide: protokół z rozprawy). Zniesienie stosunku umownego w całości Zamawiający, zgodnie z powyższym wyjaśnieniem, przewidział dla jednej sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie przystąpi do wykonywania zamówienia. Zamawiający przedstawił rzeczowy powód i okoliczność, dla której zastrzegł sobie możliwość wypowiedzenia umowy w całości i nie sposób uznać, by mogło tu dojść do naruszenia podawanych przez Odwołującego przepisów Kodeksu cywilnego.

Postanowienia § 7 ust. 1 wzoru umowy przewiduje prawo wypowiedzenia umowy w całości lub w części niewykonanej. Prawo to zostało zastrzeżone dla trzech sytuacji:

- a) dwukrotnego nieusunięcia w ustalonym terminie wad w wykonaniu przedmiotu umowy,
- b) dwukrotnego dostarczenia artykułów o jakości i/lub parametrach niezgodnych z umową,
- c) dwukrotnego niedostarczenia artykułów w wymaganym terminie.

W przewidziane przypadki wpisuje się m.in. nie przystąpienie do wykonywania umowy, co otwiera możliwość rozwiązania umowy w całości. Można to przyporządkować chociażby do brzmienia zawartego w lit. c).

Zgodnie z § 7 ust. 2 wzoru umowy wypowiedzenie umowy w całości lub w części zostało przewidziane dla sytuacji, gdy wykonanie przedmiotu umowy stanie się niemożliwe wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy. Także w tym przypadku możliwa jest sytuacja, że wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy podmiot ten w ogóle nie przystąpi do realizacji zamówienia. Nie sposób pozbawiać Zamawiającego prawa do rozwiązania umowy w całości w tego rodzaju sytuacji. Odwołujący poczynił założenie, że przewidziane wzorem umowy prawo wypowiedzenia ma być w rzeczy samej odstąpieniem. Do instytucji odstąpienia dostosował też argumentację prawną i podstawy prawne zarzutów. Izba nie znalazła jednak podstaw do podzielenia kierunku argumentacji i wnioskowania Odwołującego.

Niezależnie od powyższych argumentów, jeżeli wypowiedzenie umowy miałyby prowadzić zawsze do unicestwienia umowy ze skutkami ex tunc to zbędne byłoby podawanie w treści postanowień zwrotu „w całości lub w części”. Właśnie poprzez wprowadzenie tego zapisu Zamawiający zastrzegł sobie możliwość wypowiedzenia umowy w całości, wskazując, że jest to przewidziane dla sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie przystąpi do realizacji zamówienia, zaś dla pozostałych sytuacji Zamawiający przewidział dla siebie prawo rozwiązania umowy w części. Nie sposób uznać, by doszło w tej materii do

naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego czy naruszenia praw wykonawcy na gruncie ustawy Pzp.

Odnośnie postanowienia z § 7 ust. 3 wzoru umowy to swoje zastrzeżenia Odwołujący upatrywał w tym, że treść tego postanowienie nie precyzuje, jaki rodzaj postanowień aktywuje uprawnienie do rozwiązania umowy. Zgodnie z brzmieniem § 7 ust. 3 wzoru umowy – *Jednostce przysługuje prawo wypowiedzenia umowy w terminie 7 dni, w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień niniejszej umowy, pomimo pisemnego wezwania Wykonawcy do zaniechania naruszenia i należytego wykonania umowy.* Odwołujący w istocie starał się zminimalizować swoje ryzyko, poprzez żądanie wprowadzenia ograniczenia, że podstawą rozwiązania umowy ma być tylko naruszenie istotnych postanowień umowy. Nie przedstawiono jednak żadnych rzeczowych argumentów, dlaczego prawo rozwiązania umowy ma ograniczać się tylko do naruszeń postanowień istotnych, niezależnie od tego, że w ogóle nie sprecyzowano, które postanowienia umowy za istotne miałyby zostać uznane, a które nie. Obowiązkiem wykonawcy jest przestrzegać postanowień umowy, podobnie jak Zamawiającego. Strona podpisująca kontrakt winna kierować się zamiarem jego wykonania, zgodnie z tym, do czego się w umowie zobowiązała. Jeżeli postanowień tych nie przestrzega to winna liczyć się z ryzykiem rozwiązania umowy, co jest naturalną konsekwencją niedopełniania obowiązków przyjętych na siebie wskutek podpisania umowy. Nie ma reguły, by konsekwencje te ograniczać tylko do naruszenia postanowień istotnych.

Ponadto, należy wskazać, że przewidzianych podstaw wypowiedzenia umowy nie można uznać za naruszające interes wykonawcy. Przewidziany mechanizm wypowiedzenia wymaga m.in. dwukrotnego zaistnienia uchybień po stronie wykonawcy, czy też pisemnego wezwania do zaniechania naruszeń – co w istocie daje wykonawcy dodatkową szansę i możliwość uchronienia się przed sankcją w postaci rozwiązania umowy, także poprzez to, że dzięki wezwaniu wykonawca będzie wiedział, gdzie Zamawiający dopatruje się naruszeń postanowień mogących skutkować rozwiązaniem umowy. Musi zaistnieć więc kumulacja pewnych warunków by po stronie Zamawiającego zaktualizowała się możliwość rozwiązania umowy.

Na marginesie można wskazać, że gdyby miało dochodzić w toku realizacji zamówienia do rozwiązania w całości umowy w części już wykonanej i rozwiązanie to miałyby wywoływać skutki *ex tunc*, jak wywodził Odwołujący, to chociażby z uwagi na powyższe wyjaśnienia Zamawiającego, złożone w toku rozprawy, wykonawca mógłby odwoływać się – w przypadku ewentualnego sporu cywilnego – do reguł wykładni oświadczeń woli zawartych w art. 65 Kc.

Krytycznie Izba oceniła zarzuty dotyczące § 7 ust. 6 wzoru umowy. Zamawiający wskazał, że protokół zrealizowanych i niezrealizowanych dostaw jest niezbędny dla prawidłowego rozliczenia się stron umowy. W żadnym stopniu nie można uznać, by przewidzenie potrzeby sporządzenia takiego protokołu naruszało przepisy art. 5, art. 353 (1) czy art. 365 (1) Kc. Argumentacja Odwołującego ograniczyła się przy tym w zakresie tego zarzutu do własnych rozważań nad sensem i celem wprowadzenia obowiązku sporządzenia protokołu. Nie mogło to zostać uznane za przekonującą argumentację na rzecz wykazania naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów prawa. Żądanie postawione w tym zakresie zmieniało jednocześnie całkowicie cel i funkcję przypisaną potrzebnie sporządzenia protokołu. Postulując o wprowadzenie zobowiązania zrealizowania dostaw zamówionych, Odwołujący żądał przyznania mu prawa do dostarczenia dostaw pomimo rozwiązania umowy. W istocie żądanie to referowało do zmodyfikowanej wcześniej treści ust. 6. Modyfikacją z dnia 20 kwietnia 2016 r., Zamawiający dokonał wykreślenia treści ust. 6 § 7 wzoru umowy „W razie rozwiązania przez Jednostkę umowy w całości umowa uważana jest za niezawartą, z zastrzeżeniem, że postanowienia dotyczące kary umownej pozostają wiążące” i nadał ust. 6 § 7 wzoru umowy treść „W razie wypowiedzenia przez Jednostkę umowy w części niewykonanej, w terminie 14 dni od daty wypowiedzenia umowy przedstawiciel Wykonawcy przy udziale przedstawiciela Jednostki sporządzi szczegółowy protokół zrealizowanych i niezrealizowanych dostaw według stanu na dzień rozwiązania umowy na podstawie, którego Strony dokonają stosownych rozliczeń”.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące § 8 ust. 7 wzoru umowy. Odwołujący ogólnikowo odwołał się do art. 353 (1) Kc oraz art. 5 Kc, nie przedstawiając rzeczowej argumentacji dla wykazania, dlaczego przewidziany termin 1 dniowy ma naruszać ww. przepisy.

Przedmiot zamówienia nie obejmuje dostawy skomplikowanych towarów. Dostawy dotyczą artykułów biurowych, papieru, czy akcesoriów informatycznych. Mając na uwadze nieskomplikowany przedmiot dostaw Izba uznała, że wykonawca dysponuje możliwością, by w sposób rzetelny ustosunkować się do reklamacji nawet w terminie 1 dnia roboczego.

Ponadto, to rzeczą wykonawcy jest takie zorganizowanie swojej pracy, by zapewnić sobie możliwość ustosunkowania się do reklamacji w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W tym zakresie żądania Odwołującego zmierzały ponownie, w ocenie Izby, nie do wyeliminowania naruszeń przepisów prawa, ale do negocjacji i uzyskania korzystniejszych warunków, które pozwolą w sposób dogodniejszy wykonywać zamówienie. Twierdzenia, że Zamawiający „w zasadzie zmusza Wykonawcę do zgłoszenia zastrzeżenia do reklamacji” Izba uznała za nieprzystające do brzmienia postanowienia, jak również do

ogólnej zasady należytego współdziałania stron przy wykonywaniu umowy. Zgodnie z art. 354 § 1 Kc dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Założenie o składaniu zastrzeżeń do reklamacji dla zasady, tylko po to by nie została ona uznana za zasadą, nie mieści się w powyższych zasadach współpracy. Jak wskazano wcześniej, wykonawca może tak zorganizować swoją pracę, by dysponować możliwością odniesienia się nawet w ciągu 1 dnia roboczego do reklamacji, w sytuacjach uzasadniających udzielenie odpowiedzi na reklamację. Przynależy to także do normalnego ryzyka gospodarczego przypisanego w tym zamówieniu jego wykonawcy.

Izba krytycznie oceniła również zarzuty dotyczące § 9 ust. 2 wzoru umowy. Przede wszystkim, zgodnie z powoływanym przez Odwołującego art. 450 Kc, wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chociażby cała wierzytelność była już wymagalna, chyba że przyjęcie takiego świadczenia narusza jego uzasadniony interes. Uzasadnionym interesem Zamawiającego jest niewątpliwie otrzymywanie dostaw w ilości i rodzaju zgodnych z danym zamówieniem, przy braku zewnętrznych uszkodzeń opakowań. Jest to też podstawowy obowiązek wykonawcy, przyjmowany do realizacji w trakcie wykonywania zamówienia. Odwołujący skupił się w swojej argumentacji na interesie wykonawcy, nie przedstawiono przekonujących argumentów, dlaczego przyjmowanie dostaw nie odpowiadających całościowo wymogom Zamawiającego nie może zostać uznane za działanie pozostające w sprzeczności z uzasadnionym interesem Zamawiającego.

Ponadto, argumentacja została zbudowana na pewnym założeniu o złej woli Zamawiającego, gdyż Odwołujący wskazał, że postanowienie to umożliwi Zamawiającemu zablokowanie realizacji dostawy z błahych powodów. Jak wskazano wcześniej, Zamawiający (jako wierzyciel) ma również obowiązek współdziałania w określony sposób przy wykonywaniu umowy (art. 354 § 2 Kc). Ewentualny brak takiego współdziałania strona umowy może podnosić w ramach ewentualnego sporu, na gruncie procedury cywilnej. Co istotne, to argumentacja Odwołującego pomijała, że wykonawca ma obowiązek dostarczania asortymentów w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Sprowadzała się w zasadzie do tego, by wykonawcy nie blokować realizacji zamówienia, a więc i otrzymywania wynagrodzenia, nawet gdy nie do końca w pełni realizuje ten obowiązek. Żądania Odwołującego również w tym przypadku były nakierowane na ochronę własnego interesu i stanowiły formę negocjacji w celu uzyskania korzystniejszych warunków współpracy.

Należy także zauważyć, że wprowadzenie postanowienia o podpisaniu protokołu stanowi w tym przypadku formę pokwitowania spełnienia świadczenia. Przepis art. 462 § 1 Kc stanowi o pokwitowaniu spełnienia świadczenia. Nie istnieje zakaz, by pokwitowanie spełnienia świadczenia mogło następować z woli Zamawiającego, a nie tylko dłużnika (wykonawcy).

Ponadto, należy wskazać, że na gruncie Kodeksu cywilnego istnieją regulacje, poprzez które dłużnik (wykonawca) może poszukiwać ochrony swojego interesu, jeżeli uzna, że działanie wierzyciela Zamawiającego przybiera postać sprzeczną z umową i przepisami prawa. Przykładowo, zgodnie z art. 486 Kc w razie zwłoki wierzyciela dłużnik może żądać naprawienia wynikłej stąd szkody; może również złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego (§ 1). Wierzyciel dopuszcza się zwłoki, gdy bez uzasadnionego powodu bądź uchyla się od przyjęcia zaoferowanego świadczenia, bądź odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie (§ 2).

Jako chybione uznała Izba odwoływanie się, w odniesieniu do poszczególnych postanowień umowy, do naruszenia art. 365 (1) Kc. Przepis ten dotyczy zobowiązań bezterminowych o charakterze ciągłym. Zobowiązanie kształtowane treścią wzoru umowy nie należy do tego rodzaju zobowiązań. Nawet wskazanie, że przepis ten został powołany *a contrario* nie wyjaśniało, w jaki sposób Zamawiający miałby dopuścić się naruszenia tej normy prawnej. Izba nie znalazła podstaw, by także w ujęciu *a contrario* uznać, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisu.

Za niezasadne Izba uznała ponadto odwoływanie się, w ramach kwestionowania poszczególnych postanowień umowy, do art. 5 Kc, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Należy wskazać, że odwołanie się do zasad wynikających z art. 5 Kc stanowi przede wszystkim instrument o charakterze „obronnym” (służy obronie przed nadużywaniem prawa przez drugą stronę) a nie „zaczepnym” (nie stanowi podstawy do roszczeń). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 lutego 2014 r., sygn. akt III AUa 642/13 wskazano m.in., że *„przepis art. 5 k.c. stanowi podstawę obrony przed realizacją (wykonywaniem) prawa podmiotowego, jeśli pozostaje ona w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, nie może natomiast stanowić samodzielnej podstawy dochodzonego roszczenia”*.

W niniejszej sprawie przepis art. 5 Kc nie mógł być przy tym odnoszony do postanowień umowy, gdyż Zamawiający z praw wynikających z tej umowy jeszcze nie korzysta. Jako środek obrony przepis ten mógłby być podnoszony ewentualnie na etapie sporu cywilnoprawnego, gdyby wykonywanie prawa z umowy – co będzie miało miejsce dopiero w przyszłości – miało naruszać zasady zawarte w tym przepisie. Ocena sposobu wykonywania praw z umowy, w kontekście koncepcji nadużycia prawa, musi w kontekście art. 5 Kc uwzględniać przy tym okoliczności faktyczne, w jakich do wykonywania tych praw dochodzi – co z przyczyn oczywistych na tym etapie jest niemożliwe. Dla zastosowania art. 5 k.c. konieczna jest bowiem ocena całokształtu okoliczności danego wypadku w ścisłym powiązaniu nadużycia prawa z konkretnym stanem faktycznym (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1994 r., II CRN 127/94, nie publ., z dnia 3 lutego 1998 r., I CKN 459/97, nie publ., z dnia 28 października 2003 r., I CK 222/02, nie publ., z dnia 15 kwietnia 2004 r., IV CK 284/03, nie publ., z dnia 25 sierpnia 2011 r., II CSK 640/10, nie publ., z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 540/11, nie publ., z dnia 12 kwietnia 2012 r., II CSK 484/11, nie publ., z dnia 24 stycznia 2013 r., II CSK 286/12, nie publ., z dnia 11 kwietnia 2013 r., II CSK 438/12, nie publ. i z dnia 20 sierpnia 2015 r., II CSK 555/14, nie publ.).

W zasadzie przepis art. 5 Kc mógł zostać odniesiony do naruszenia prawa do sporządzenia przez Zamawiającego wzoru umowy. To zaś uprawnienie zostało przypisane ustawowo Zamawiającemu. Tworząc wzór umowy Zamawiający wykonuje swoje ustawowe uprawnienie i nie sposób uznać, by poprzez to działanie miał dopuszczać się naruszenia zasad wynikających z art. 5 Kc.

W wyroku z dnia 9 grudnia 2009 r., IV CSK 290/09 (niepublikowane) Sąd Najwyższy powołał się na powszechne uznawanie, iż art. 5 k.c. ma na celu zapobieganie stosowaniu prawa w sposób, który prowadzi do wywarcia skutków niemoralnych albo rozmijających się zasadniczo z założeniem jego ustanowienia.

W wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt II CSK 438/12, Sąd Najwyższy stwierdził, że artykuł 5 k.c. ma wyjątkowy charakter, przełamuje zasadę, że wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej. Odmowa udzielenia ochrony musi być uzasadniona okolicznościami rażącymi i nieakceptowanymi ze względu na system wartości istniejący w społeczeństwie. Wszelkie rozstrzygnięcia będące wyjątkiem od strzeżenia praw podmiotowych wymagają ostrożności oraz wnikliwego rozważenia wszystkich aspektów rozpoznawanego przypadku. Objęte art. 5 k.c. zasady współżycia społecznego pozostają w nierozłącznym związku z całokształtem okoliczności konkretnej sprawy, występujących tak po stronie powoda, jak i pozwanego i w takim ujęciu wyznaczają podstawy, granice oraz kierunek jej rozstrzygnięcia, w wyjątkowych sytuacjach, które ten przepis przewiduje.

W innym wyroku, z dnia 7 maja 2003 r., sygn. akt IV CKN 120/01, Sąd Najwyższy podkreślił, że zastosowanie art. 5 k.c. wymaga wszechstronnej oceny całokształtu szczególnych okoliczności rozpatrywanego wypadku w ścisłym powiązaniu z konkretnym stanem faktycznym. Nie można powoływać się ogólnie na - z natury rzeczy - nieokreślone zasady współżycia, lecz należy konkretnie wskazać, jaka z przyjętych w społeczeństwie zasad współżycia społecznego doznały naruszenia w konkretnej sytuacji.

Podobnie w wyroku z dnia 31 maja 2006 r., sygn. akt IV CSK 149/05, Sąd Najwyższy wskazał, iż skorzystanie z dobrodziejstwa art. 5 k.c. jest możliwe jedynie wówczas, gdy strona wskaże jakie zasady współżycia społecznego doznały naruszenia w konkretnej sytuacji. Nie wystarczy zatem ogólne i lakoniczne powołanie się na naruszenie powyższej normy.

Należy podkreślić, że stosowanie art. 5 Kc oznacza pozbawienie danego podmiotu możliwości korzystania z prawa, które mu w świetle przepisów prawa przedmiotowego przysługuje. Prowadzi to więc zawsze do osłabienia zasady pewności prawa i przełamuje domniemanie korzystania z prawa w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego i jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Z tego względu zastosowanie konstrukcji nadużycia prawa jest dopuszczalne tylko wyjątkowo i musi być szczegółowo uzasadnione.

W niniejszej sprawie nie zaistniały żadne podstawy by uznać naruszenie przez Zamawiającego art. 5 Kc. Zastosowanie tego przepisu powodowałoby przy tym pozbawienie Zamawiającego prawa do sporządzenia wzoru umowy, które wynika dla Zamawiającego z treści przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Odwołujący odwołał się przy tym w sposób ogólnikowy do zasad współżycia społecznego. Jako chybione należy również uznać odwoływanie się do dobrych obyczajów, co niezależnie, że także zostało uczynione w sposób ogólny, nie mogło być brane pod uwagę, przy ocenie wzoru umowy, gdy weźmie się pod uwagę m.in. przepis art. 385² Kc, zgodnie z którym oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia oraz uwzględniając umowy pozostające w związku z umową obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny.

Końcowo należy wskazać, że dla uwzględnienia odwołania konieczne jest po pierwsze wykazanie dopuszczenia się przez Zamawiającego naruszeń przepisów prawa, a dodatkowo, że podnoszone naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). Wykazanie, że naruszenie przepisów prawa może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w sytuacji, gdy przedmiotem zarzutów są postanowienia wzoru umowy, nie może ograniczać się do samego postawienia zarzutów, czy ogólnego wskazania, jakie negatywne konsekwencje może w praktyce nieść za sobą określony wzór umowy,

zwłaszcza gdy wykonawca, będąc stroną umowy, może poszukiwać ochrony swoich interesów na gruncie procedury cywilnej. Przepis wymaga przy tym, by naruszenie mogło zostać zakwalifikowane, jako naruszenie mające istotny wpływ. Jest to przesłanka determinująca kierunek rozstrzygnięcia i w sytuacji, gdy Odwołujący podnosił sprzeczność postanowień wzoru umowy z przepisami prawa, winien – w ramach spoczywającego na nim ciężaru dowodowego – wykazać także, jaki istotny wpływ na wynik postępowania mogą mieć wprowadzone postanowienia umowy. Nie jest wystarczające odwoływanie się ogólnie do szacowania ryzyk czy niepewności, co do stosowania postanowień umowy. Należy przy tym zauważyć, że większość z kwestii podnoszonych przez Odwołującego odnosi się do etapu realizacji umowy, przepis art. 192 ust. 2 Pzp stanowi natomiast o wyniku postępowania. W świetle tego przepisu konieczne jest wykazanie przykładowo, że postanowienia umowy niezasadnie ograniczają konkurencję, uniemożliwiają złożenie oferty, preferują jednego wykonawcę, zaburzają uczciwą konkurencję w sposób nieznajdujący oparcia w potrzebach zamawiającego, czy prowadzą do nieporównywalności ofert. Żadnej z tego rodzaju przesłanek Odwołujący w sposób przekonujący nie wykazał.

Reasumując, Izba nie uwzględniła żadnego z zarzutów postawionych przez Odwołującego wobec treści postanowień wzoru umowy, uznając, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów prawa podanych w podstawie prawnej odwołania. W ocenie Izby Odwołujący ogólnikowo odwołał się do zasad kontraktowych zawartych w Kodeksie cywilnym, pomijając specyfikę zawierania umów na zamówienie publiczne. Nie zostały przedstawione rzeczowe podstawy, które miałyby świadczyć, czy to o naruszeniu zasady swobody umów, czy naruszeniu innych z przywołanych przepisów, w tym naruszeniu art. 5 Kc. W ocenie Izby zarzuty i żądania Odwołującego służyły w istocie negocjacji korzystniejszych dla wykonawcy warunków umowy, w tym ograniczenia ryzyk związanych, czy to z karami umownymi czy zakończeniem stosunku prawnego w drodze wypowiedzenia. Postępowanie odwoławcze nie służy negocjacji warunków umowy, ale trzeba wykazać, że w sprawie rzeczywiście doszło do naruszeń przepisów mających istotny wpływ na wynik postępowania.

Równie krytycznie należało ocenić zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia. Na wstępie należy podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił dowodów, które uprawdopodobniałyby, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję. Poprzestano w tym zakresie na ogólnikowej argumentacji, gdy ciężar dowodowy – przynajmniej co do uprawdopodobnienia, wymaganego przepisem art. 29 ust. 2 Pzp – spoczywał w całości na Odwołującym. Poprzez ten zarzut Odwołujący starał się, zdaniem

Izby, ułatwić sobie sposób sporządzenie oferty, ale w żadnej mierze nie zostało wykazane, że wymóg Zamawiającego jest nadmierny, nieuzasadniony potrzebami zamawiającego, lub by wymóg ten miał ograniczać konkurencję i prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Z drugiej strony Zamawiający przedstawił rzeczowe i przekonujące powody wprowadzenia tego wymogu, podnosząc m.in., że służy on szczegółowej identyfikacji artykułów biurowych zaoferowanych w ofercie, a w konsekwencji zapewnieniu dostawy produktów zgodnych z SIWZ. Powodem wprowadzenia przedmiotowego wymogu jest także wyeliminowanie ryzyka dostarczania produktów tańszych i gorszych jakościowo, które to ryzyko powstaje, w świetle wiedzy i doświadczeń Zamawiającego, gdy wymóg wskazania konkretnych numerów katalogowych nie stanowił wymogu SIWZ. Zamawiający, jak wynika z okoliczności tej sprawy, nie kierował się w tym zakresie arbitralnymi i niesprecyzowanymi przesłankami, które utrudniałyby uczciwą konkurencję, lecz postawiony wymóg uzasadniony jest potrzebami Zamawiającego, w tym zapewnieniem gwarancji otrzymania asortymentu zgodnego z wymogami SIWZ.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: